

Hva ligger i vilkåret om at betalingen betydelig har forringet skyldnerens betalingsevne etter dekningsloven § 5-5?

Kandidatnr:180829

Veileder: Hege Abrahamsen

Leveringsfrist:12.12.2011

Antall ord:12 171

Innholdsfortegnelse

1 Innledning	4
1.1 Problemstilling og aktualitet	5
1.2 Avgrensning	5
1.3 Bakgrunn og rettskilder	5
1.3.1 Innledning	5
1.3.2 Bakgrunnen for bestemmelsen	6
1.3.3 Nordisk samarbeid	6
1.4 Videre fremstilling	7
2 Generelt om omstøtelse	7
2.1 Innledning	7
2.2 Formålet bak omstøtelsesreglene	8
2.3 Spesielt om dekningsloven § 5-5	9
3.Hva er en betydelig forringelse?	10
3.1 Begrepet betalingsevne	10
3.1.1 Innledning	10
3.1.2 Forarbeidene	10
3.1.3 "Betalingsevne" i juridisk litteratur	11
3.1.4 Kort om betalingsevne i rettspraksis	12
3.1.5 Oppsummering.	13
3.2 Hvilke midler skal medregnes?	13
3.2.1 Innledning	13
3.2.2 Kassakreditt	14
3.2.3 Driftstilbehør	16
3.2.4 Innestående på konto	16
3.2.5 Tidspunktet for stadfestelsen av betalingsevnen	16
3.2.6 Oppsummering	16
3.3 Hvor mye er betydelig?	18
3.3.1 Innledning	18
3.3.2 Prosentteorien	19
3.4 Betydelig med utgangspunkt i skyldnerens samlede aktiva	19
3.4.1 Skjønnspregede domspremisser	19
3.4.2 Husers prosentteori i praksis	19

3.4.3 Fravikelse av prosentteorien?	20
3.4.4 Oppsummering	21
3.5 Betydelig med utgangspunkt i skyldnerens likviditet	22
3.5.1 innledning	22
3.5.2 Teamcon-dommen	22
3.5.3 Teamcon-dommens rettskildemessig vekt	23
3.5.4 Nyere underrettspraksis med avgjørende vekt på skyldnernes likviditet	24
3.5.5 Oppsummering	25
4 Innfortolkes det et tapsvilkår ved vurderingen av en "betydelig forringelse"?	25
4.1 Innledning	25
4.2 Forslag til lovendring	25
4.3 Tapsvilkår i svensk og dansk rett	26
4.4 Oppsummering	27
5 Konklusjon og avsluttende bemerkninger	28
5.1 Innledning	26
5.2 Skyldnerens samlede aktiva versus skyldnerens likviditet	28
5.3 Gjeldende rett	29
5.4 Boets begrensede midler	29
5.5 Grensedragning mot § 5-9	29
6. Kilder	31

1 Innledning

1.1 Problemstilling og aktualitet

Oppgavens problemstilling er hva som ligger i vilkåret om at en betaling av gjeld vesentlig har "forringet skyldnerens betalingsevne" etter dekningsloven § 5-5 første ledd tredje alternativ. Denne fremstillingen har som formål å redegjøre for hvordan begrepet "betalingsevne" skal fastlegges og deretter hvilke disposisjoner som representerer en betydelig forringelse av denne.

Dekningsloven § 5-5 inneholder tre alternative omstøtelsesgrunnlag med en felles reservasjon om at betalingen "etter forholdene allikevel ikke fremtrådte som ordinær" jf § 5-5 første ledd. Dette grunnvilkåret om at betalingen må være ekstraordinær for å kunne omstøtes er ikke behandlet som et eget tema i denne fremstillingen, men blir naturligvis med i illustrasjonen av problemstillingen, når dette er en forutsetning for omstøtelse etter dekningsloven § 5-5 på generelt grunnlag. Selv om betalingen betydelig forringer skyldnerens betalingsevne, er den uomstøtelig, hvis betalingen allikevel fremstod som ordinær. Oppgaven vil også omfatte spørsmålet om hvorvidt vilkåret om en "betydelig forringelse av betalingsevnen" i praksis forutsetter et tap for kreditorfellesskapet.

Bestemmelsen er hyppig anvendt i praksis og er ofte gjenstand for tvist ettersom det er vanskelig å kartlegge hva som ligger i vilkåret om at betalingen har ført til en betydelig forringelse av skyldners betalingsevne. Årsaken til dette er for det første at ordlyden i seg gir lite veiledning, men viser til en skjønnsmessig vurdering. En annen årsak er at det i seg selv skjønnsmessige vilkåret "betydelig forringelse", i utgangspunktet inviterer til en omfattende vurdering av skyldnerens likviditet og økonomiske situasjon. Et slikt omfattende bevistema fremstår som uheldig, hensett til at bestemmelsen er en objektiv vurdering. Av den grunn kan det hevdes at bestemmelsen ikke er utformet i samsvar med dens gitte formål, som nettopp er en forenklet domstolsbehandling og en lettelse av konkursboets bevisbyrde.

For å skape en tilsynelatende forenklet tolkning av begrepet har det i stor grad blitt anvendt en såkalt prosentteori for å stadfeste når en betaling vesentlig har forringet skyldnerens betalingsevne. Prosentteorien ble presentert av Kristian Huser¹. Teorien fremmer en forholdsmessighetsvurdering hvor den enkelte betaling til kreditor blir delt på verdien av skyldnerens beslagfrie aktiva på betalingstidspunktet. Huser antar at en betaling som utgjør 15-25 % av skyldnerens betalingsevne er omstøtelig. En slik teori er, slik som redegjørelsen vil vise, ikke tilsynelatende sammenfallende med verken bestemmelsens ordlyd eller forarbeider.

Nyere praksis viser en tendens til å ta avstand fra Husers prosentteori og legger heller avgjørende vekt på en helhetsvurdering av betalingens innvirkning på skyldnerens likviditet og økonomi. Et annet problem som gjør seg gjeldende uavhengig om man legger til grunn en prosentteori eller en helhetsvurdering er vurderingen av hvilke verdier som legges til grunn ved utregning av en skyldnerens betalingsevne.

Formålet med denne oppgaven vil derfor være å undersøke hvorvidt denne såkalte prosentteorien blir fulgt opp i praksis og hvilken prosentsats domstolene legger til grunn. Jeg vil også forsøke å kartlegge hvilke verdier som ansees som beslagfrie og således utgjør "betalingsevnen" til debitor. Det finnes en betydelig mengde rettskilder som berører temaet, men disse er til dels sprikende i oppfatningen av hva som ligger i de nevnte begrep og vilkår.

¹ Kristian Huser: Gjeldsforhandling og konkurs, bind 3: Omstøtelse (1992)

1.2 Avgrensning

Omstøtelse etter dekningsloven gjelder i utgangspunktet ved forhandling av tvangsakkord, ved konkurs og ved offentlig skifte av insolvent dødsbo jf dekningsloven § 5-1. Denne oppgaven vil begrenses til behandling av konkurstilfellene.

Den konkrete bestemmelsen i dekningsloven § 5-5 først ledd tredje alternativ er en nyskapning sett i henhold til den eldre konkursloven § 44. Oppgaven er derfor begrenset til rettskilder fra og med lovens forarbeider og fremover i tid²

I straffelovens § 284 kan en konkursskyldner bli strafferettslig ansvarlig dersom han "forsettlig eller grovt uaktsomt" unnlater å åpne konkurs, dersom han er "insolvent" og at "unnlatelsen medfører at en disposisjon eller et utlegg ikke kan omstøtes, og dette forringer fordringshavernes dekningsutsikt betydelig".

Straffelovens bestemmelse bruker samme formulering i som dekningsloven § 5-5 i forhold til kravet om "betydelig forringelse", og av den grunn kan praksis etter straffeloven § 284 ha en viss vekt i forhold til tolkning av dekningslovens bestemmelse. En slik relevans er også lagt til grunn i teorien³. Likevel er det er naturlig nok en klar og vesentlig forskjell mellom bestemmelsen idet straffeloven krever forsettlig eller grov uaktsomhet fra skyldnerens side, og dessuten inneholder et krav til insolvens. Straffelovens bestemmelse vil av disse årsaker ikke bli behandlet i denne oppgaven, men praksis rundt bestemmelsen kan være av interesse for fortolkningen av når en betaling "vesentlig forringer skyldnerens betalingsevne".

1.3 Bakgrunn og rettskilder

1.3.1 Innledning

På lovfestet område vil selvsagt lovteksten og den naturlige forståelse av denne være et viktig utgangspunkt. Forarbeidene⁴ vil videre gi retningslinjer for hva slags motiver som ligger bak bestemmelse. Bestemmelsen er særlig behandlet i Kristian Huser "Gjelsforhandling og konkurs" fra 1992 og Mads Henry Andenæs "Konkurs" fra 1999, og dette vil således utgjøre hovedlitteraturen.

Det foreligger en omfattende mengde rettspraksis på området, men noe beskjedent med høyesterettsavgjørelser de siste årene med tanke på denne spesifikke problemstillingen. Det vil derfor bli brukt en del praksis fra lagmannsrettene og noe fra tingrettene. Til tross for at praksis fra tingrettene har mindre rettskildemessig vekt er de fortsatt interessante. De gir bidrag i undersøkelsen av hvorvidt de teorier som har blitt lagt frem for temaet blir etterfulgt, og også hvorvidt Høyesteretts uttalelser blir etterfulgt.

1.3.2 Bakgrunnen for bestemmelsen.

Bestemmelsen om ekstraordinære betaling i dekningsloven § 5-5 avløste den tidligere konkursloven § 44 første ledd. Alternativet som angår "beløp som betydelig har forringet skyldnerens "betalingsevne" var ikke et alternativ etter den eldre bestemmelsen, men var en nyskapning med

² Lov av 8.juni 1984 nr. 59 om fordringshavernes dekningsrett

³ Huser s.303.

⁴ NOU 1972:20

dekningsloven som trådte i kraft i 1984. Av motivene til loven fremgår det at bestemmelsen er ment å gi en utvidet omstøtelsesadgang⁵

Dekningsloven § 5-5 første ledd tredje alternativ ble før vedtakelsen møtt med noe motstand både fra den norske bankforening og den norske advokatforening.

Bankforeningene er skeptiske til innføringen av et så generelt vilkår og viste i sin høringsuttalelse til at en adgang til omstøtelse på objektivt grunnlag må "knyttes til meget presise betingelser"⁶.

Advokatforeningen uttaler blant annet at "med ekstraordinær betaling tenker man på dekning av eldre gjeldsposter f.eks. til debtors bankforbindelse eller råstoffleverandører som har vært forfalt og for så vidt misligholdt i lengre tid. Tilfeller av denne art har hittil måttet møtes med den subjektive omstøtelsesregel. Vi tror det er betenkelig å forlate det som er gjeldende rett i denne sammenheng. Vi er sterkt i tvil om en nydannelse med disse konsekvenser har noe reelt berettiget formål og er mest stemt for at man for all betaling som skjer ved sedvanlige betalingsmidler og ved eller etter normal betalingstid nøyer seg med omstøtelse etter Actio Pauliana."⁷

Uttalelsene førte ikke frem da justisdepartementet stod fast ved at det er behov for en slik objektiv omstøtelsesregel, da boet ofte vil komme til kort med den subjektive regelen og bevisene den forutsetter. Videre viser justisdepartementet at både svens og dansk lovgivningen har tilsvarende formuleringer.

1.3.3 Nordisk samarbeid

Dekningsloven ble til som følge av et nordisk samarbeid og både Danmark og Sverige har regler som innholdsmessig tilsvarer dekningsloven § 5-5 første ledd tredje alternativ.

I Sverige finner vi bestemmelsen i den svenske konkursloven § 10 hvor det fastslås at betaling "med belopp som avsevärt har försämrat gäldenärens ekonomiska ställning" kan omstøtes⁸. Huser antar at den svenske bestemmelsen er ment å skulle være gitt et videre anvendelsesområde til sammenlikning med den danske og norske⁹.

I dansk rett var lovteksten i utgangspunktet identisk med det norske ved lovforslaget. De endret imidlertid "betydelig" med "avgjørende" jf Konkursloven § 67¹⁰. Motivet bak dette var at de ønsket å presisere at det bare var de aller største og vesentligste betalingene som skulle rammes.¹¹ På grunn av denne endringen i lovteksten, antas det at omstøtelsesadgangen etter norsk rett har et litt videre anvendelsesområdet. Det er i dansk teori derfor anført at svenske og norske kilder ikke uten videre kan anvendes i norsk rett¹².

Ordlyden og praksis etter de tre bestemmelsene er noe forskjellig. Av den grunn vil rettskilder fra Danmark og Sverige ikke kunne bli tillagt vesentlig eller avgjørende vekt i norsk praksis. På den annen

⁵ NOU 1972:20 side 291

⁶ Ot. prp nr 50 (1980-81) side 167

⁷ Ot. prp. nr 50 (1980-81) side 166-167.

⁸ Konkurslag (1987:672)r

⁹ Huser s. 302.

¹⁰ LBKG 2011-03-15 nr.217.

¹¹ Huser s.302.

¹² Mogens Munch i UfR 1982 B.11, 12: "Ændringen medfører imidlertid, at de i den svenske og norske betænkning anførte eksempler ikke uden videre kan overføres til dansk rett"

side vil de være illustrerende og kan underbygge argumentasjon i forhold til anvendelsen og fortolkningen av norsk rett.

1.4 Videre fremstilling

Fremstillingen videre tar sikte på en analyse av vilkåret om en "betydelig forringelse av skyldnerens betalingsevne" etter dekningsloven § 5-5 første ledd tredje alternativ. Fremgangsmåten vil være en deskriptiv og normativ analyse av vilkåret med utgangspunkt i de relevante rettskildene.

Først vil det i punkt 2 bli gjort rede for omstøtelse generelt og omstøtelse etter dekningsloven § 5-5 spesielt. Formålet er å få frem de overordnede og generelle hensyn og formål bak omstøtelsesreglene og vise problemstillingens rettslige plassering. Et annet formål er plasseringen av § 5-5 sett i forhold til de øvrige omstøtelsesreglene. Punkt 2 vil utelukkende være deskriptiv.

Punkt 3 vil utgjøre hoveddelen av fremstillingen. Først en fortolkning av begrepet "betalingsevne" i punkt 3.1, hvor fortolkningen hovedsakelig blir gjort på bakgrunn av lov, forarbeider og teori. Videre vil punkt 3.2 omfatte spørsmålet om hvilke midler som legges til grunn ved beregningen av betalingsevne. Punkt 3.3 vil utgjøre rettspraksis sin fortolkning av når en betaling medfører en betydelig forringelse av skyldnerens betalingsevne. Punkt 3.3 vil videre inndeles i hovedsaklig to forskjellige tilnærmingsmåter av hvordan praksis tolker en "betydelig forringelse av betalingsevnen". Den første vil ta utgangspunkt i Husers prosentteori og skyldnerens samlede aktiva, den neste i likviditetsbetraktninger. Formålet med punkt 3.3 vil være en stadfestelse av gjeldende rett. I punkt 4 vil problemstillingen om hvorvidt det i realiteten innfortolkes et tapsvilkår ved anvendelsen bli problematisert.

På bakgrunn av konklusjonen som har blitt trukket om de enkelte rettskildene, vil det avslutningsvis i punkt 5 presenteres et standpunkt til hva som er gjeldende rett. Det vil også knyttes bemerkninger til praktiske hensyn rundt vurderingen av betalingsevne. Helt til slutt vil spørsmålet om den grensedragning til § 5-9 og behovet for en slik objektiv omstøtelsesregel gjøres rede for.

2 Generelt om omstøtelse.

2.1 Innledning

Omstøtelse innebærer å omgjøre disposisjoner slik at rettstilstanden blir som om disposisjonen ikke var foretatt¹³. Omstøtelsesreglene er en del av beslagsretten og benyttes overfor transaksjoner som forringer skyldnerens formuesstilling eller forfordeler fordringshaverne. Transaksjoner som kan bli gjenstand for omstøtelse kan deles opp i to hovedgrupper, bofforingende transaksjoner og kreditorbegunstigelser. Bofforingende transaksjoner er typisk gaver og ensidig bebyrdende transaksjoner. Kreditorbegunstigelser er på den annen side betaling eller sikkerhetsstillelse av gjeld, foretatt på et tidspunkt da debitor var mer eller mindre insolvent.

Virkingen av slike transaksjoner er en forrykkelse av dekningen kreditorene imellom. Et typisk tilfelle er at en usikret kreditor får dekning for sitt krav i kort tid før konkursåpning, til tross for at han

¹³ Jon Gisle: Jusleksikon.

bare ville fått en beskjedne dividende ved konkurs. Dette medfører naturligvis at de øvrige kreditorer ikke får en slik dekning av sine krav som de ville ha fått ut ifra en forholdsmessig fordeling ved konkurs. I forhold til dekningsloven § 5-5, som denne oppgaven omhandler, er det betaling av gjeld som er tema for omstøtelse og slike betalinger tilhører gruppen av kreditorbegunstigelser¹⁴.

Omstøtelsesreglene deles tradisjonelt opp i subjektive og objektive omstøtelsesregler, selv om lovteksten ikke eksplisitt gjør en slik sonndring. Betegnelsen er knyttet til betydningen av den annen parts subjektive forhold. Den subjektive omstøtelsesregelen i § 5-9 forutsetter for det første at disposisjonen er til skade for kreditorfellesskapet og at kreditor har vært uaktsom i forhold til at han kjente eller burde kjent til skyldnerens vanskelige økonomiske stilling og de forhold som gjorde disposisjonen utilbørlig". De objektive omstøtelsesreglene stiller verken noe vilkår om at skyldnerens stilling ble svak eller svekket ved disposisjonen eller uaktsomhet hos kreditor. Dette innebærer en vesentlig forenkling av bevis og tolkningstema. De objektive omstøtelsesreglene har som formål at de skal være retts teknisk enkle å håndheve. Det presumeres ut i fra disposisjonens karakter at den var illojal ovenfor konkursskyldnerens øvrige fordringshavere.

2.2 Formålet med omstøtelsesreglene

Reglene medfører en utvidelse av beslagsretten i tid og gjør det mulig å tilbakeføre disposisjoner foretatt av konkursskyldner i tiden før konkurs. Formålet er å hindre illojale og kreditorskadelige betalinger på et tidspunkt hvor skyldner presumeres å være mer eller mindre insolvent¹⁵. Likhetsprinsippet tilsier at alle kreditorene skal bli forholdsmessig fordelt de aktiva som er tilgjengelig på tidspunktet for konkursåpning. Et annet formål som gjør seg gjeldene, er å hindre kreditor fra å foreta ensidige disposisjoner i kort tid før konkurs. Dette vil i realiteten innebærer at han disponerer over andres midler og eiendomsprinsippet tilsier at dette er urettmessig og midlene må tilbakeføres boet. Reglene beskjerer debtors og kreditors handlefrihet forut for konkursåpning. De har først og fremst en gjenopprettende funksjon, men kan også hevdes å ha en preventiv funksjon, da aktører i næringslivet presumeres å ha et visst bekjentskap til disse.

Omstøtelsesreglene er et supplement til rettsvernsreglene. De har begge til formål å beskytte kreditorene mot skadegjørende disposisjoner fra debtors side. Mens rettsvernsreglene sikrer disposisjonens notoritet, ved å stille visse vilkår til rettsstiftelsen, søker omstøtelsesreglene å ramme disposisjoner som antas å være illojale ovenfor kreditorfellesskapet. For kreditorer med separatistrett vil ikke omstøtelsesreglene utgjøre store forskjellen, idet kreditoren i utgangspunktet har en særrett til dekning i det enkelte formuesgode uavhengig av øvrige krav mot skyldner. Selv om disposisjonen har fått rettsvern, vil den ikke være uangripelig etter omstøtelsesreglene. Omvendt vil det ikke være behov for omstøtelsesreglene dersom disposisjonen ikke en gang har ordinært rettsvern.

2.2. Spesielt om dekningsloven § 5-5

Dekningsloven § 5-5 hjemler ikke all gjeldsbetaling innenfor omstøtelsesfristene, den rammer kun de gjeldsbetalingene som er "ekstraordinære". Lovgiver har valgt å definere tre typetilfeller som da presumeres å være illojale ovenfor kreditorfellesskapet. De tre typetilfellene som fremgår av

¹⁴ Rune Sæbø "Noen tanker om objektiv omstøtelse av kreditorbegunstigelser"

¹⁵ NOU 1972:20 S. 282

lovteksten er enten hvis "betalingen er foretatt med usedvanlige betalingsmidler", "før normal betalingstid" eller " med beløp som betydelig forringer skyldnerens betalingsevne" jf. første ledd.

Hva angår tredje alternativ uttaler forarbeidene følgende: "Ordinær er betaling i vanlig rutine av løpende utgifter i forbindelse med driften av debtors forretning: vederlag for leverte råstoffer, husleie, arbeidslønn, skatter osv. Ekstraordinær blir betalingen først og fremst hvor det er tale om eldre gjeldsposter, f.eks. til debtors bankforbindelse eller råstoffleverandør, som har vært forfalt og for så vidt misligholdt i lengre tid."¹⁶

Utgangspunktet for vurderingen av hvorvidt betalingen er ordinær eller ikke er en objektiv vurdering basert på vedkommende bransjepraksis. Høyesterett har imidlertid fastslått at det er hensiktsmessig å vektlegge skyldnerens spesielle betalingsvaner " selv om utgangspunktet for vurderingen av hva som er ordinært, må være en mer objektiv målestokk, må det etter min mening foretas en helhetsvurdering der også debtors mer spesielle betalingsvaner kan få betydning" ¹⁷. Ved vurderingen av hvorvidt en betaling vesentlig har forringet skyldnerens betalingsevne er det etter dette relevant å se på vedkommende skyldners betalingsvaner forut for konkursen.

Vedrørende anvendelsesområdet til dekningsloven § 5-5 på er det ofte gjenstand for tvist om transaksjonen oppfyller lovens vilkår om at det foreligger "betaling av gjeld". Hvis transaksjonen i realiteten er et salg, et rent kreditorskifte eller lignende faller den således utenfor anvendelsesområdet til § 5-5. Vilkåret "betaling av gjeld" viser til at den primære hensikten med betalingen må ha vært å dekke gjeld. Det har vært diskutert i praksis hvilke tilfeller som omfattes av bestemmelsen og mange tilfeller grenser mot motregning, misligholdsoppgjør eller sikkerhetsstillelse.

I eksempelvis Rt. 2008 s.1170 var sakens forhold at dagligvarekjeden Rema 1000 hevet franchisekontrakten med et selskap som drev kolonialforretning og overtok hele varelageret til innkjøpspris og en del av driftsutstyret som motregning av Remas krav mot selskapet. Høyesterett ga medhold i at salget måtte omstøtes etter dekningsloven § 5-5, da de fant at betaling hadde en primær dekningshensikt i motsetning til et ordinært salg. Høyesterett viser med dette at det er illojalt ovenfor kreditorfellesskapet at en kreditor skal ha en slik særrett til dekning, uten en gyldig stiftet panterett som da sikrer notoritet og publisitet i forhold til sikkerhetsstillelsen. Høyesterett var ikke i tvil om at betalingen hadde forringet skyldnerens betalingsevne "idet det er på det rene at overtakelsen av varelageret og driftstilbehør i vesentlig grad - ca. 67 % - reduserte selskapets tilgjengelige dekningsmidler". Eksemplet illustrerer at det ofte ikke kommer på spissen hvorvidt betalingen har forringet betalingsevnen, men at vurderingen hovedsakelig omhandler hvorvidt betalingen er ordinær eller ikke.

Hva angår dekningsloven § 5-5 første ledd tredje alternativ, skiller den seg på mange måter fra de to øvrige alternativene. Dette fordi en slik betaling i seg selv ikke er irregulær, slik som de to alternative vilkårene, men er omstøtelsesverdig alene på bakgrunn av dens størrelse sett i forhold til skyldnerens betalingsevne. Dette medfører ofte et omfattende bevis og tolkningstema i forhold til en vurdering av hva som utgjør skyldnerens betalingsevne. Det er innholdet av vilkåret om når en betaling kan sies

¹⁶ NOU 1972:20 s.292

¹⁷ Rt 1995 s.222 side 226

å ha "vesentlig forringet skyldnerens betalingsevne" som til dels er sprikende oppfatning av i rett praksis og teori, og som vil være gjenstand for den videre fremstillingen.

3. Hva er en betydelig forringelse?

3.1 Begrepet betalingsevne

3.1.1 Innledning

På bakgrunn av en naturlig språklig forståelse viser "betalingsevne" til skyldnerens tilgjengelige verdier på betalingstidspunktet. Videre gir ikke denne tolkningen noe stort bidrag i de praktiske tilfellene da det som ofte er gjenstand for tvist, er nettopp hvilke verdier som kan ansees tilgjengelige.

Det er en klar forbindelse mellom vilkåret om en betydelig forringelse av skyldnerens betalingsevne og konkurslovens bestemmelser om det økonomiske vilkår for åpning av konkurs¹⁸. I konkursloven § 61 fremgår legaldefinisjonen av insolvens. Insolvens forutsetter både illikviditet og insuffisiens. Det er imidlertid på det rene at insolvens ikke er et vilkår for omstøtelse etter dekningsloven § 5-5.

Det fremgår av insolvensbestemmelse at skyldneren ikke er insolvent hvis "betalingsudyktigheten må antas å være forbigående" jf. konkursloven § 61 1.ledd. Dette knytter seg til illikviditet, som er en av to vilkår for insolvens. Kristian Huser antyder at denne forbigående betalingsudyktigheten er nærliggende å ansees synonymt med manglende betalingsevne. Også uttalelser i forarbeidene trekker i denne retningen. De viser til "beløpets størrelse sett i relasjon til debtors omsetning og likviditet"¹⁹.

En språklig forståelse av "betydelig forringelse av skyldnerens betalingsevne" sett i lys av konkurslovens bestemmelse om insolvens trekker i retning av vilkåret knytter seg til en forringelse av skyldnerens likviditet. At betalingsevne og likviditet langt på vei er synonyme begreper er fremgår også av en alminnelig forståelse av begrepet.

Dette utgangspunktet er vagt og det ligger i sakens natur at det i hver konkrete sak utgjør et omfattende bevisstema og ikke minst likviditetsbetraktninger for å avgjøre hvorvidt skyldners evne til å oppfylle sine forpliktelser etter hvert som de forfaller er innfridd eller ikke.

3.1.2 Forarbeidene.

I utredningen til loven, NOU 1972:20 definerer lovgiver fortolkningen av begrepet betalingsevne på følgende måte:

"Det må m. a. o. foreligge en ekstraordinær betaling av et så betydelig beløp at debtors betalingsevne blir forringet. Spørsmålet om et beløp er så betydelig at debtors betalingsevne blir forringet, skal her avgjøres på objektivt grunnlag: beløpets størrelse sett i relasjon til debtors

¹⁸ Huser s. 306

¹⁹ NOU:1972:20 side 293

omsetning og vanlige likviditet. Det kreves ikke at debitor er eller blir insolvent som følge av betalingen (...)²⁰

På samme måte som at ordlyden trekker i retning av en likviditetsbetraktning for tolkningen av bestemmelsen, nevner forarbeidene det her eksplisitt. Likviditet betyr betalingsevne og er et økonomisk uttrykk for evnen til å kjøpe. Likviditetsbegrepet utdyper således ikke forståelsen av "betalingsevne", da disse språklig sett kan hevdes å være synonymer. Forarbeidene nevner imidlertid også debtors omsetning, som kan trekke i retning av en videre betraktning hva angår skyldnerens økonomiske situasjon. Likviditeten i et selskap kan naturligvis variere i løpet av en kort tidsperiode, mens omsetningen gir et bredere perspektiv på selskapets evne til å opprettholde driften. Ved å se på skyldnerens omsetning, og ikke kun de beslagfrie midler på betalingstidspunktet kan man få en mer helhetlig oppfatning av den enkelte betaling sin virkning på skyldnerens betalingsevne.

Lov og forarbeider gir etter dette ikke noe presist svar på hva som ligger i dekningsloven § 5-5 første ledd, tredje alternativ. De fastsetter at betalingen til kreditor skal sees opp mot skyldnerens omsetning og vanlige likviditet.

3.1.2 "Betalingsevne" i juridisk litteratur.

Kristian Huser og Mads Henry Andenæs er de to forfatterne i Norge som har skrevet mest om omstøtelse i nyere tid.

Andenæs gjør ingen eksplisitt selvstendig tolkning av "betalingsevne", men viser til skyldnerens likviditet og henviser til forarbeidene hvor de definerer dette som skyldnerens "omsetning og vanlige likviditet". Videre fremholder han i sin behandling av bestemmelsen, at hvorvidt betalingen har forringet skyldnerens betalingsevne vil bero på *nærmere omstendigheter*. Her kan det synes som om han åpner for en videre drøftelse av skyldnerens økonomi og omsetning.

Andenæs presumerer videre at hvis skyldneren etter betalingen fortsetter å betale sine øvrige fordringer ved forfall er ikke betalingsevnen forringet og betalingen vil ikke omstøtes. Dette forstås slik at hvis skyldner fortsatt er likvid på tidspunktet betalingen blir foretatt, vil ikke betalingen omstøtes. Et slikt synspunkt synes også å legges til grunn i teamcon-dommen²¹, hvor Høyesterett konkluderer med at betalingen ikke kunne omstøtes, ettersom skyldneren hadde betalt alle fordringer helt frem til konkursåpningen. Teamcon-dommen og dens rettskildemessige vekt vil det bli nærmere gjort rede for senere i oppgaven.

Andenæs taler videre om skyldnerens tilgjengelige dekningsmidler²². Dette indikerer at han tar utgangspunkt i skyldnerens frie aktiva på betalingstidspunktet i motsetning til skyldnerens likviditet. Dette kan indirekte forstås som om han trekker inn insuffisiens som et moment, hvor selskapets eiendeler ikke er tilstrekkelig til å dekke pådratt gjeld.

Andenæs synes å åpne for en heller skjønnsmessig vurdering av betalingsevne og mener at i forhold til hvor veiledende det er å se beløpet i forhold til skyldnerens omsetning og vanlige likviditet, vil variere med situasjonen. I enkelte situasjoner er denne målestokken tilstrekkelig. Det kan imidlertid også være behov for å trekke inn en supplerende målestokk. En nærliggende mulighet er å se hen til i

²⁰ NOU 1972:20 side 291

²¹ Rt. 1999 side 64

²² Andenæs side 325

hvilken grad betalingen reduserer skyldnerens frie aktiva. I forhold til å beregne en "betydelig forringelse" ut i fra en prosent av skyldnerens tilgjengelige dekningsmidler, slik Huser synes å fremme, presiserer Andenæs at "det er selvsagt bare snakk om en tommelfingerregel som ikke erstatter behovet for en skjønnsmessig vurdering av det enkelte tilfelle"²³

Kristian Huser er den teoretikeren som har skrevet mest utførlig om omstøtelse. Han, på sin side fremhever at det foreligger retts tekniske fordeler å operere med en relativ klar og skarp grense når det kommer til beløpets størrelse sett opp mot betalingsevnen. Han mener at beløpet har betydelig forringet betalingsevnen hvis den utgjør 15-20 % av skyldners frie aktiva. Denne teorien vil være det som senere i oppgaven bli omtalt som prosentteorien.

Husers prosentteori er tilsynelatende i strid med det som kan leses ut fra lovens ordlyd og av forarbeidene. Mens lovgiver legger avgjørende vekt på skyldnerens likviditet og økonomiske situasjon før og etter betalingen, mener Huser mener det er retts teknisk bedre å jamnføre betalingen med boets aktiva i stedet for å vektlegge rene likviditetsanalyser.

Han påpeker at spørsmålet om omstøtelse alltid skal knyttes opp mot forholdene da disposisjonen skjedde. Han uttaler at "alt tatt i betraktning synes de beste grunner å tale for at man ved vurderingen av om betalingen har forringet debtors betalingsevne legger avgjørende vekt på beløpets størrelse jevnført med verdien av debtors tilgjengelige aktiver på betalingstidspunktet"²⁴. En slik løsning ser ut til å ha utkrystallisert seg i svensk rett.²⁵

I Sverige har hogsta domstolen ansett en betaling på vel 12 % av aktivene som omstøtelig. I norsk rett er det antydning til en høyere prosentsats, noe mer i intervallet 15-25 %, som Huser mener muligens kan innsnevres til ytterligere 15-20 %.

I kommentarene til den danske konkursloven er følgende blitt uttalt om forståelsen av betalingsevne: "Det betalte beløp må have været af en sådan størrelse, at det er umiddelbart klart også for udenforstående, at skyldnerens muligheder for at føre virksomheden videre i afgørende grad er blevet forringet. Beløbet må ses ikke blot i forhold til skyldnerens samlede aktivmasse, men også til hans likviditet"²⁶. Dansk lov synes herved å legge avgjørende vekt på skyldnerens likviditet, men setter en høyere terskel for omstøtelse da den krever at "avgørende" å forringe skyldnerens betalingsevne.

Hva angår svensk retts praksis har domstolene ved fortolkningen av konkurslagen § 10 lagt avgjørende betydning på betalingens størrelse sammenholdt med verdien av debtors aktiver på betalingstidspunktet²⁷. Det fremstår som at det i svensk praksis legges en mer konkret vurdering av de økonomiske forholdene til skyldner på betalingstidspunktet. Dette kan sammenlignes de senere norske domstolsavgjørelsene hvor skyldnerens likviditet på betalingstidspunktet er avgjørende.

3.1.3 Kort om domstolene en selvstendig tolkning av begrepet "betalingsevne"?

²³ Andenæs side 326

²⁴ Huser side 312

²⁵ Huser side 313

²⁶ www.thomsonreuters.dk lovkommentar til LBKG 2011-03-15 nr.217

²⁷ NJA 1989.3. "Denna fråga ar att bedöma med utgångspunkt i förhållena vid tiden för betalningen"

Ut fra et helhetsinntrykk av domstolspraksis av, viser de fleste avgjørelsene til forarbeidene og teori ved fortolkningen av "betalingsevne". I Rt 1999 s.64 viser de til "skyldnerens beslagbare formuesgoder"²⁸. I senere rettspraksis blir det ofte gjort en bredere vurdering av skyldnerens likviditet. Hva domstolene legger i begrepet betalingsevne vil bli nærmere redegjort for i punkt 3.3, der tema er hva domstolene antar å utgjøre en betydelig forringelse av betalingsevnen.

3.1.4 Oppsummering.

Etter en fortolkning av hva begrepet "betalingsevne" gir ikke de relevante rettskildene noe entydig svar på hvordan begrepet skal defineres eller tolkes. Mens forarbeidene legger til grunn at skyldnerens betalingsevne viser til hans likviditet og omsetning²⁹, ser Huser det slik at det må ta utgangspunkt i debtors tilgjengelige aktiver på betalingstidspunktet³⁰. Andenæs gjør ingen selvstendig tolkning av begrepet "betalingsevne", men viser til forarbeidenes uttaleser og presiser at det må foreta en skjønnsmessig helhetsvurdering i det enkelte tilfelle.

I den videre fremstilling vil jeg bruke domstolspraksis for å eksemplifisere og illustrere hvilke problemstillinger som gjerne oppstår i forbindelse med vilkåret om hvorvidt en "betaling betydelig forringer skyldnerens betalingsevne".

3.2 Hvilke midler skal medregnes?

3.2.1 Innledning.

I praksis virker det til tider uklart hvordan man beregner skyldnerens betalingsevne. Det knyttes ofte tvil til hvilke midler som utgjør skyldnerens tilgjengelige formuesgoder. Utgangspunktet for hvilke midler som boet kan ta beslag i ved konkurs, fremgår av hovedregelen i dekningsloven § 2-2.

Gjenstand for fordringshavernes beslagsrett ved gjeldsforfølgning mot skyldneren er "ethvert formuesgode" som tilhører skyldneren på beslagstiden, som kan omgjøres i penger, med mindre annet følger av lov eller annen gyldig bestemmelse", jf dekningsloven § 2-2. I praksis må det således vurderes om formuesgode "tilhører" skyldneren eller ikke. Det er på det rene at det er det reelle eierforhold som legges til grunn ved vurderingen. I forhold til omstøtelsesreglene, må derfor bostyrer gjøre en vurdering av hvilke formuesgoder som tilhører skyldneren og således utgjør hans betalingsevne.

Formuesgoder som i realiteten tilhører tredjemenn kan det følgelig ikke gjøres beslag i. Betaling av gjeld til kreditorer med separatistrett forringer ikke betalingsevnen på lik linje med usikrede gjeldskrav. Selv om formuesgodet tilhører skyldneren, kan det være vanskelig å omsette midlene og da vil den realistiske omsettelige verdi bli lagt til grunn. For eksempel vil kundefordringer bare bli medregnet i den utstrekning det er en realistisk mulighet for å få de inndrevet³¹.

²⁸ Rt.1999 s.64 side 69.

²⁹ NOU 1972:20 side 291

³⁰ Huser side 312

³¹ LB-2004-13673.

Utgangspunktet for hva som utgjør skyldnerens betalingsevne er hans frie aktiva. Når det gjelder midler beheftet med pant, må det riktige være og kun medregne en eventuell friverdi.³² For eksempel vil ikke et varelager som er beheftet med pant bli medregnet i betalingsevnen. Skyldnerens frie aktiva er beregnet ut fra realisasjonsverdien som fremgår i den avsluttende rettsboken eller bobestyrers innberetning.

Andenæs poengterer at "beregning av skyldnerens beslagbare formuesgoder kan skape visse problemer. Han presiserer at "beheftede formuesgoder kommer bare i betraktning i den grad verdien overstiger heftelsene. Beslagfrie formuesgoder må det ses bort fra"³³

At pantsatte aktiva ikke skal medregnes i skyldnerens betalingsevne er heller ikke omstridt i praksis. I eksempelvis Rg 1992 s.463 uttaler lagmannsretten at "Slik retten ser det, er det de aktivaposter som inngår i boet som må tas i betraktning når retten skal vurdere om betalingsevnen ble betydelig forringet som følge av den omtvistede betaling. Aktivaposter som er pantsatt, og som derfor ikke inngår i boets aktiva, må man i denne forbindelse se bort fra". Dommen er et eksempel på at betalingsevnen til kreditor tilsier hans frie aktiva.

Dette standpunkt er imidlertid ikke alltid representativt. I andre tilfeller viser domstolene en tendens til å gjøre en bredere vurdering av selskapets økonomiske situasjon for og fastslå hans betalingsevne. Det følger eksempelvis av Rt 1999 side 64 at "det skal foretas en sammenlikning av den økonomiske situasjonen før og etter betalingen"³⁴. Dette synes å åpne for et betydelig skjønn og helhetstilnærming.

Videre vil det bli tatt utgangspunkt i de relevante formuesgodene det ofte synes problematisk å omsette eller fastsette verdien av.

3.2.2 Kassakreditt

Et særlig spørsmål i forhold til hva som skal medregnes ved vurderingen av skyldnerens betalingsevne er hvorvidt trekk på negativ kassakreditt skal medregnes. I enkelte domsavgjørelser har retten ansett trekk på negativ kassakreditt som et rent kreditorskifte, hvilket ikke har noen innvirkning på betalingsevnen. Andre avgjørelser har kommet frem til at en slik trekk på kreditt klart har en innvirkning på skyldnerens betalingsevne³⁵. Det er sikker rett at trekkrettigheter ikke er en del av beslagbare formuesgoder som tilfaller konkursboet ved en eventuell konkurs, da de i realiteten ikke er aktiva som tilhører skyldneren.

I Rg 1989 s.132 ble spørsmålet om trekk på negativ kassakreditt har noen betydning for skyldnerens betalingsevne aktualisert. Eidsivating kom til at vilkårene for omstøtelse ikke var tilstede da et slikt trekk på en allerede negativ kassakredittkonto i realiteten ikke påvirket boets passiva, og derav betalingsevnen. Et avgjørende moment i saken var at "det må etter lagmannsrettens oppfatning være klart at den trekkrettighet som selskapet slik hadde, hvilte på forutsetningen om at driften av forretningen fortsatte. Konkursen medførte at dette vilkår ikke lenger var til stede, og konkursboet ville da heller ikke kunne nyttiggjøre seg de trekkrettigheter som selskapet hadde hatt". Lagmannsretten mener at boets aktiva ikke ble påvirket av det oppgjør som fant sted, da det

³² Huser s. 317.

³³ Andenæs side 325

³⁴ Rt 1999 side 64 side 67

³⁵ Rg.2009 s.129

begrenset seg til å være et skifte på kreditorsiden. Realiteten er at ved slike trekk på negativ kassakreditt er at bankens krav mot debitor øker med det samme beløp som kravet fra den kreditor som mottar betalingen reduseres med. Debtors passivasituasjon forblir dermed uendret.

I Rt. 1995 s.222, populært kalt Direkte reklame dommen har Høyesterett et annet syn hva angår trekk på negativ kassakreditt innvirkningen på skyldners betalingsevne. Sakens forhold var at to innbetalinger av skattetrekksterminer, henholdsvis på kr 251 399,- og kr 119 500, hvorav begge terminbeløp ble betalt 12 dager før fristdagen, henholdsvis ca. fire måneder og to måneder etter forfall ble omstøtt med hjemmel i dekningsloven. § 5-5 først ledd tredje alternativ.

Høyesterett kom til at betalingene hadde vesentlig forringet skyldnerens betalingsevne. I domspremissene uttalte høyesterett at "Dette vilkåret er etter mitt syn oppfylt når man trekker på en kassekreditkonto, selv om saldoen på kontoen er negativ når betalingen skjer. Det virker kunstig å se en slik betaling som et kreditorskifte som ikke innebærer tap. En kassekreditt kan debitor disponere fritt, og den riktige betraktningssmåten må være å likestille betaling ved å trekke på kontoen med betaling med likvide midler". Også Huser side 327 og Reidar Myhre i TfR-1992-124 konkluderer med at omstøtelse kan skje i slike tilfeller."

At Høyesterett mener den riktige betraktningssmåten er å likestille betaling ved å trekke på kontoen med betaling av likvide midler kan virke noe unyansert. Thor Falkanger har kritisert denne uttalelsen i en artikkel fra 2002.³⁶ Han mener uttalelsen er unyansert fordi det forutsettes at en ikke utnyttet kreditt vil komme fellesskapet til gode på samme måte som et kontantbeløp. Dette er imidlertid ikke alltid tilfelle ettersom konkursen for eksempel kan bli åpnet i kort tid etter kredittbenyttelsen og den ikke utnyttede kreditt ville ikke ha kommet fellesskapet til gode. Det er ingen garanti for at en benyttelse av kassakreditten bringer noe som er til fordel for fellesskapet, det kan være verdiløse investeringer. På den annen side er det heller ingen garanti for en positiv økning av aktiva ved bruk av penger på generell basis.

Av nyere rettspraksis har spørsmålet om trekkrettigheter skal medregnes ved vurderingen av skyldnerens betalingsevne blitt aktualisert ved noen underrettsdommer.

I Rg. 2009 s.129 fra Eidsivating Lagmannsrett ble det gjort en grundig gjennomgang av de sentrale rettskilder. Her ble ingen av betalingene ansett som ekstraordinære etter dekningsloven § 5-5, men de ble omstøtt etter dekningsloven § 5-9. Dommen antas å ha gått langt i å trekke inn resterende trekkrettigheter på kassakreditkonto ved vurderingen av skyldnerens betalingsevne.

Konkursboet gjorde i denne dommen gjeldene at de utbetalte beløp må sees i sammenheng med de frie aktiva som konkursboet kunne beslaglegge. Lagmannsretten var ikke enig i dette og uttaler følgende: "når det skal legges til grunn at benyttelse av ubrukte trekkrettigheter på en kassakreditt kan svekke konkursdebitors betalingsevne, må disse trekkrettighetene også med på den andre sida i regnskapet. Trekkrettighetene må anses som tilgjengelige betalingsmidler."

Lagmannsrettens syn her er et annet enn det som ble lagt til grunn i comitas-dommen³⁷. Her viser lagmannsretten til at da "det ble trukket på skyldnerens kassakreditkonto og at det således er et kreditorskifte, ikke har innvirkning på vurderingen av om betalingen i betydelig grad har forringet

³⁶ Thor Falkanger, Lov og Rett 2002 s 564 - (LOR-2002-564)

³⁷ LB-2006-163808

skyldnerens betalingsevne, jf. Rt-1995-22. Dette har imidlertid den betydning at beløpet ikke kan anses å utgjøre en del av de tilgjengelige midler før det ble trukket, og den ankende part kan ikke høres med at det skal tas i betraktning når den forholdsmessige reduksjonen vurderes”.

Comitas-dommen tar utgangspunkt i skyldnerens beslagfrie aktiva ved vurderingen av skyldnerens betalingsevne og lagmannsretten er her av den oppfatning at trekkrettigheter ikke ansees som en del av disse frie aktivene.

I en nyere dom fra Bergen Tingrett fra 2010 legger tingretten til grunn at ”også trekkrettigheter på en kassakreditt med negativ saldo skal tas i betraktning når det skal vurderes om skyldnerens betalingsevne er betydelig forringet ved betaling av en fordring”³⁸. Dette tolkes som om Bergen tingrett, slik som lagmannsretten i Rg.2009 s.129, tar ubenyttede trekkrettigheter på kassakredittkontoen med i beregningen av skyldnerens betalingsevne.

Etter disse uttalelsene i senere rettspraksis er det nærliggende å anta at det ikke er avklart hvordan man skal medregne trekkrettigheter på kassakreditt i forhold til skyldnerens betalingsevne etter dekningslovens § 5-5. det er imidlertid grunn til å bemerke at nyere praksis viser en tendens til å medregne trekkrettigheter ved vurderingen av skyldnerens betalingsevne enn det de eldre avgjørelsene synes å gjøre. Praksis viser imidlertid en tendens til å medregne i motsetning til ikke å gjøre det. Noe som er felles i domspremissene er at det blir lagt vekt på en helhetsvurdering i forhold til skyldnerens økonomiske tilstand og likviditet.

3.2.3 Driftstilbehør

Når det gjelder driftsmidler fremstår det som om domstolene mener dette ofte er vanskelig omsettelig og legges ikke særlig vekt på da betalingsevnen forsøkes kartlagt. Det er et poeng at salg av driftsmidler vil vanskeliggjøre videre drift. I LB-2004-13673 tar lagmannsretten stilling til hvilke midler som utgjør ”betalingsevnen”. Følgende blir uttalt angående driftsmidler ”lagmannsretten er i tvil om det er riktig å medregne driftmidlene i vurderingen av et selskaps betalingsevne. Dette er verdier som ikke er likvide og som vanligvis vil være vanskelig å omsette. Selges de ut, vil grunnlaget for videre drift forsvinne. Lagmannsretten har likevel i regnestykket nedenfor lagt til grunn at driftstilbehør og bil utgjorde en verdi på cirka 215.000 kroner. 205.000 kroner av dette gjelder omstøtelse av salget av driftstilbehøret som fant sted 17. oktober 2002, jf. ovenfor.

3.2.4 Innestående på konto

I praksis må bobestyrer ved avhandlingen av en konkurs ta utgangspunkt i tilgjengelige midler på konkursdebitors konto for å stadfeste betalingsevnen. Ofte er kontoutskrifter utgangspunktet for å vurdere hvilke beløp en kan ta utgangspunkt i. I tillegg til ordinære driftskontoer, har bedrifter vanligvis også en skattetrekkskonto.

I en høyesterettsdom inntatt i Rt.1992 side 1144 ble det slått fast at skattekreditor har separatistrett til midler innbetalt på skattetrekkskonto etter skattebetalingsloven § 11 nr 4, selv om innbetaling ikke foretas i forbindelse med forbindelse med lønnsutbetalingene. En naturlig konsekvens av dette er at slik innbetaling til skattetrekkskonto ansees som betaling av gjeld etter dekningsloven § 5-5.

3.2.5 Tidspunktet for stadfestelsen av betalingsevnen.

³⁸ Bergen Tingrett 23.03.2010

For å kunne fastslå hvilke aktiver skyldner har tilgjengelig og som utgjør betalingsevnen er retten nødt til å gjøre en konkret vurdering av hvilke midler som utgjør han reelle betalingsevne.

Utgangspunktet for vurderingen er skyldnerens frie aktiva på betalingstidspunktet. Huser presiser at en skal legge avgjørende vekt på "verdien av debtors tilgjengelige aktiva på betalingstidspunktet"³⁹. At det tas utgangspunkt i forholdene til debitor på betalingstidspunktet er utgangspunktet også i rettspraksis. I eksempelvis *Comitas-dommen*⁴⁰, fikk den ankende part ikke medhold i at det ved vurderingen av om betalingsevnen også skulle sees hen til om tidligere disposisjoner kunne omstøtes. Lagmannsretten la til grunn at det var skyldnerens tilgjengelige midler på betalingstidspunktet som var avgjørende for betalingsevnen. Førstvoterende uttaler at "lagmannsretten konkluderer etter dette med at det i utgangspunktet er de tilgjengelige midlene på betalingstidspunktet som utgjør skyldnerens betalingsevne, og at eventuell forringelse av selskapets midler, også på grunn av illojale disposisjoner, må holdes utenfor vurderingen.

Hvis domstolene på en annen side legger en skjønnsmessig vurdering av skyldnerens likviditet og omsetning til grunn for beregningen av betalingsevnen, kan det hevdes at forhold forut for betalingstidspunktet gjør seg gjeldende. Begrepet likviditet og begrepet omsetning åpner for en vurdering som tidsmessig strekker seg utover selve betalingstidspunktet. Rettspraksis ser i noen tilfeller ut til å legge en skjønnsmessig vurdering til grunn ved å se på skyldnerens økonomiske utsikter i tiden før konkurs. I *teamcon-dommen* blir det tatt utgangspunkt i en "sammenligning av den økonomiske situasjon for selskapet før og etter betalingen"⁴¹.

Etter dette er det ikke videre klart at det kun er de tilgjengelige midlene på betalingstidspunktet som utgjør skyldnerens betalingsevne, men at skyldnerens omsetning og likviditet åpner for at forhold forut for betalingstidspunktet kan medregnes.

3.2.6 Oppsummering.

Etter en gjennomgang av hvilke midler som danner grunnlaget for skyldnerens "betalingsevne" er det kort sagt er alle frie aktiva som ikke er pantsatt. Ved å se på de enkelte poster som inntas i grunnlaget for betalingsevne, vil dette tilsvare skyldnerens aktiva. Det er derimot ikke slik at betalingsevnen til konkursskyldner alltid blir beregnet isolert ut i fra dette. De motstridende avgjørelsene angående trekk på negativ kassakredittkonto illustrerer dette. Praksis viser til at domstolene synes å gjøre en mer konkret vurdering av betalingens innvirkning på skyldnerens økonomi. I noen tilfeller blir også betalingens positive virkninger vektlagt. Dette medfører at de frie aktiva som legges til grunn av konkursboet ikke alene er det som er utgangspunktet for vurderingen av en forringelse av betalingsevnen.

Vurderingen av hvilke midler som utgjør betalingsevnen ser ut til på den ene siden å ta et klart utgangspunkt i hvilke midler som er tilgjengelig, som vil tilsvare de frie aktiva. På den annen side synes betalingsevnen å bli tolket ut ifra likviditetsbetraktninger, altså midlenes virkning for skyldnerens evne til å opprettholde sine forpliktelser.

³⁹ Huser s.312

⁴⁰ LB-2006-163808

⁴¹ Rt 1999 s.64

3.3 Hvor mye er betydelig?

3.3.1 Innledning.

Etter en fortolkning av hva som ligger i begrepet betalingsevne og hvilke midler som utgjør denne, vil denne del av fremstillingen omhandle når betalingen er betydelig forringet. Spørsmålet er hvor stor del av aktivene på betalingstidspunktet som må medgå i betalingen for at det kan sies å foreligge en "betydelig" forringelse av skyldnerens betalingsevne. Det vil bli tatt utgangspunkt i Huser sin prosentteori, for så å sammenligne med domstolspraksis for en nærmere undersøkelse av hvilken prosentsats som der blir lagt til grunn.

Et annet spørsmål er hvorvidt denne prosentteorien blir tillagt vekt i praksis overhodet. Det vil derfor bli gjort en fremstilling av hvilke andre vurderingsgrunnlag som utgjør utgangspunktet for hva som er grunnlag for en betydelig forringelse av skyldnerens betalingsevne etter dekningsloven § 5-5 første ledd tredje alternativ.

3.3.2 Prosentteorien.

Som nevnt tidligere i innledningen synes Huser å fremme en prosentteori ved avgjørelsen av hvorvidt den enkelte betaling betydelig har forringet skyldnerens betalingsevne. Huser antar at hvis betalingens størrelse i forhold til aktivenes verdi på betalingstidspunktet utgjør en prosentsats i intervallet 15-20 %, utgjør den en betydelig forringelse. Prosentteorien tar utgangspunkt i de samlede frie aktiva.

Huser har hentet sin inspirasjon til prosentteorien fra svensk rett. I svensk rettspraksis fremgår en klar tendens til å sammenligne betalingen med skyldnerens aktiva (tilgånger) ved beregningen av en forringelse av skyldnerens "ekonomiska ställning"⁴². Det foreligger imidlertid også kritikk mot en slik fremgangsmåte også i Sverige. Teoretikere antyder at en heller må se på skyldnerens omsetning.

I dansk rett ser ikke prosentteorien til å ha fått særlig utslag i praksis. I kommentarer til loven vises det til at "Beløbet må ses ikke blot i forhold til skyldnerens samlede aktivmasse, men også til hans likviditet"⁴³. I dansk Højsteret ser det ut til at spørsmålet om en "avgjørende forringelse" tar utgangspunkt i skyldnerens likviditet⁴⁴. På den annen side blir det også vist til skyldnerens samlede aktiva⁴⁵, men det finnes imidlertid ingen eksempler på at Højsteret faktisk har regnet ut hvor mange prosent betalingen utgjør.

Spørsmålet er hvilken rettskildemessig verdi en slik prosentsats gir den rettslige vurderingen av hvorvidt betalingen har forringet betalingsevnen. Det fremstår slik, etter en gjennomgang av senere praksis at retten viser i domspremissene til Huser sin teori om en slik prosentsats, men legger ikke avgjørende vekt på dette i sin subsumsjon. Det kan virke som om prosentteorien har en viss vekt som et støtteargument, men det som legges avgjørende vekt på er skyldnerens likviditet og økonomiske situasjon før og etter betalingen. I en senere kjennelse fra Hålogaland lagmannsrett⁴⁶

⁴² Konkurslagen § 10

⁴³ Dansk Karnov

⁴⁴ Eksempel: U2005.154H

⁴⁵ U2001.1329H

⁴⁶ LH-2010-56746

viser retten til Husers prosentteori, for så å påpeke at retten "kan ikke se at en slik prosentberegning får avgjørende betydning".

Videre i avhandlingen vil det således gjøres en gjennomgang av domstolspraksis med det formål å kartlegge hvorvidt prosentteorien blir anvendt i praksis, eller om rettspraksis heller legger vekt på skyldnerens likviditet og omsetning.

3.4 Beregningen av en "betydelig forringelse" i praksis.

3.4.1 Skjønnspregede domspremisser

I en dom fra Stavanger byrett inntatt i Rg. 1992 s.463 betalte konkursskyldner omlag fire uker før konkursåpning 100 000 kr til sin hovedleverandør. Betalingen ble muliggjort ved at kassakreditten ble trukket til topps, og dette var på betalingstidspunktet de eneste likvide midler i selskapet. Byretten uttaler i domspremissene at "basert på en sammenligning mellom de betalte kr. 100.000,- og selskapets aktiva, likviditet og omsetning, må det kunne fastslås at betalingen i betydelig grad forringet betalingsevnen". Med dette legger retten til grunn en skjønnspreget vurdering, basert på skyldnerens økonomi. Da betalingen helt klart utgjorde en vesentlig del av skyldnerens betalingsevne, legges det naturlig nok ikke vekt på en drøftelse av hvorvidt vilkåret er oppfylt. På en annen side viser ikke retten i det hele tatt til hvor grenses ansees å ligge, eller prosentteorien. Dommen illustrerer at tolkningsspørsmålet av hvorvidt betalingsevnen er forringet, er komplisert. I denne gikk hoveddrøftelsen på hvorvidt betalingen var av ekstraordinær karakter eller ikke.

Det fremstår gjennomgående slik at domstolene har en tendens til først å drøfte ordinærreservasjonen, fordi dette er et absolutt vilkår at disposisjonen ikke er av ordinær karakter, for deretter å drøfte om betalingen faller innunder en av de tre alternative vilkårene i dekningsloven § 5-5. Denne fremgangsmåten har blant annet blitt brukt i Rt. 1995 s.222

I en dom fra Eidsivating Lagmannsrett inntatt i Rg 1993 s.433 ble kravet til en betydelig forringelse av betalingsevne ansett oppfylt og betalingene omstøtt. Retten tar utgangspunkt i skyldnerens samlede aktiva. Husers prosentteori blir ikke eksplisitt vist til, men de tar utgangspunkt i at betalingen utgjør "ca 19,7% av realisasjonsverdien, ca 14,7% av registrert verdi og ca 13,4% av korrigert registrert verdi. Betaling av beløp i et slikt omfang sett i forhold til skyldnerens samlede aktiva må etter lagmannsrettens oppfatning sies å forringe skyldnerens betalingsevne betydelig. Dette vilkåret i dekningsloven § 5-5 er dermed oppfylt".

3.4.2 Praksis hvor Husers prosentteori tilsynelatende blir avgjørende vektlagt.

I comitas-dommen⁴⁷ ble betalingen ansett som en betydelig forringelse av betalingsevnen.

Lagmannsretten gjør en nokså omstendelig vurdering av begrepet "betalingsevne" og viser til forarbeidene og teori. Etter en gjennomgang konkluderer lagmannsretten med at det i utgangspunktet er de tilgjengelige midlene på betalingstidspunktet som utgjør skyldnerens betalingsevne.

For å avgjøre hva som utgjør en betydelig forringelse av denne betalingsevnen uttaler lagmannsretten at: "i juridisk teori er det lagt til grunn at grensen for en betydelig forringelse ligger i

⁴⁷ LB-2006-163808

intervallet 10-25 % reduksjon av de beslagbare aktiva. Det foreligger imidlertid begrenset rettspraksis om dette, og således ingen sikker veiledning". Lagmannsretten regner ikke eksplisitt ut hvilken prosentsats betalingen utgjør men uttaler at "med betalingsevne i størrelsesorden 450.000 kroner finner lagmannsretten det imidlertid ikke tvilsomt at et beløp på 144.963 kroner er en betydelig forringelse etter dekningsloven § 5-5 første ledd". Ved en egen utregning utgjør betalingen utgjør 32, 2 %.

Fortolkningen av hva som utgjør en betydelig forringelse i denne lagmannsrettsdommen ser her ut til å samsvare med Husers prosentteori og hans fremgangsmåte ved beregningen.

I en dom fra Borgarting lagmannsrett⁴⁸, tar retten utgangspunkt i at vilkåret til betydelig forringelse av betalingsevnen er oppfylt, da betalingene utgjorde 25 % av skyldnerens beslagbare formuesgode. Lagmannsretten fastslår at "den foretatte betalingen finnes da uten tvil å innebære en vesentlig forringelse av Planbygg Entreprenørs betalingsevne". Etter at dette er slått fast innledningsvis begir retten seg ut på en kartlegging av skyldnerens betalingsevne, altså hvilke midler som skal medregnes.

Lagmannsretten bruker her begrepet "betalingsevne" og fastslår hvilke reelle verdier som kan legges til grunn. De bruker ikke begrepet som likviditet eller frie aktiva, men legger til grunn boets påstand om hva som er likvide midler, som var beløpet innestående på virksomhetens konto. Til tross for at de ikke viser til Husers prosentteori legger de til grunn at vilkåret for omstøtelse er innfridd ettersom betalingen utgjorde 25 % av tilgjengelige midler. På en måte kan det fremstå som om retten indirekte anvender prosentteorien. På en annen side sammenholder de ikke beløpet med skyldnerens frie aktiva, slik som Huser antyder, men de gjør heller en vurdering på hvilke poster som har noen reell verdi for betalingsevnen.

I en nyere dom fra Eidsivating fra 2009⁴⁹, inntatt i Rg. 2009 s.129 ble ingen av betalingene ansett som ekstraordinære dekningsloven § 5-5. lagmannsretten gjør imidlertid en grundig gjennomgang av hva hvilke aktiva det betalte beløp skal sees i lys av. Etter lagmannsrettens syn får man et forsvarlig bilde av debtors omsetning og vanlige likviditet, ved å se på hvilke verdier som var tilgjengelig i tre måneder før konkurs.

I en nyere dom fra Oslo byfogdembete⁵⁰, ble til sammen syv betalinger omstøtt etter dekningsloven § 5-5. Retten tar utgangspunkt i hvilke aktiva selskapet hadde tilgjengelig da betalingene fant sted. Videre viser retten til at de ekstraordinære betalingene utgjorde 22,7 % av debtors tilgjengelige likvider på betalingstidspunktet. I domspremissene blir det vist til Husers prosentteori og fastslått at en betydelig forringelse er oppfylt. I argumentasjonen presiserer retten at i vurderingen av hva som er en betydelig forringelse må bero på en skjønnsmessig helhetsvurdering i medhold av Andenæs. Dette kan tyde på at nyere rettspraksis viser til prosentteorien som en målestokk for hvorvidt betalingen medfører en betydelig forringelse, men at utgangspunktet er en skjønnsmessig vurdering.

3.4.3 Fravikelse av en prosentteori?

⁴⁸ LB-2004-1367

⁴⁹ Rg. 2009 s.129

⁵⁰ TOBYF-2009-148426

Av nyere praksis foreligger det en avgjørelse fra Hålogaland Lagmannsrett⁵¹ som tar opp spørsmålet om hvilken prosentsats som illustrerer den nedre grense for en betydelig forringelse av betalingsevnen etter dekningsloven § 5-5 første ledd, tredje alternativ.

Dommen gjelder imidlertid tvangsfullbyrdelse men lagmannsretten kommer til at "lovgiver har ment å gi konkursloven og dekningsloven anvendelse ved tvangsavvikling av selskap etter aksjeloven, selv om forholdet til dekningsloven kapittel 5 ikke er særlig påaktet i forarbeidene". dette er ikke relevant med på tanke på denne avhandlingens problemstilling, det som er interessant ved denne avgjørelsen er dens uttalelse av angående en "betydelig forringelse av betalingsevnen", og særlig da hvilken prosentsats som legges til grunn.

Lagmannsretten uttaler i sine domspremisser at "spørsmålet er forringelse av betalingsevnen og denne vurderingen må gjøres konkret i forhold til selskapets stilling og status på betalingstidspunktet". De tar herved utgangspunkt i en likviditetsbetraktning. Videre viser lagmannsretten eksplisitt til domspremissene i teamcon- dommen⁵² og til Husers teori

Etter dette gjør retten en subsumsjon på at konkursskyldner hadde tilgjengelige aktiva på ca 600.000 kr, og betalingen av gebyret var på 89.000 kr. Etter egen utregning vil gebyret utgjøre 14, 83 % av tilgjengelige aktiva.

Videre uttaler de at "Lagmannsretten kan ikke se at en slik prosentberegning får avgjørende betydning, men viser likevel til at betalingen i dette tilfelle uansett ligger under, eller helt i nedre del av det som kan bedømmes som betydelig. Etter dette utsagnet fremstår det som om prosentteorien blir vist til som en retningslinje for hvorvidt betalingen har forringet betalingsevnen, men at den ikke blir tillagt avgjørende vekt.

3.4.4 Oppsummering.

Etter en gjennomgang av et utvalg av dommer hvor det har blitt lagt til grunn en viss prosentsats som grunnlag for omstøtelse fremgår det ingen direkte avvik fra den prosentsatsen som er forutsatt i Huser teori. I de utvalgte dommer som er gjennomgått har det ikke vært problematisk hvorvidt betalingen utgjorde en stor nok prosent av skyldnerens beslagbare formuesgoder. I den ene avgjørelsen hvor prosentsatsen befant seg i grenseland (14,83%) ble det poengtert at dette lå under eller helt i nedre grense av hva som kan omstøtes og betalingen ble uansett ikke omstøtt, men av dette fordi den ikke ble ansett som ekstraordinær. Det er derfor ikke mulig å presisere nærmere hvilken prosentsats som faktisk legges til grunn i praksis, da dette ikke har kommet på spissen.

Etter dette foreligger det ingen holdepunkter for at en prosentteori presentere gjeldende rett når det kommer til spørsmålet om hvorvidt betalingen vesentlig har forringet skyldnerens betalingsevne etter dekningsloven § 5-5. Prosentteorien ser imidlertid ut til å bli anvendt som en målestokk i vurderingen.

⁵¹ LH-2010-56746

⁵² Rt. 1999 side 64

3.5 En betydelig forringelse av betalingsevnen med utgangspunkt i skyldnerens likviditet.

3.5.1 Innledning

Tidligere i fremstillingen har det blitt gjort en gjennomgang av eksempler fra domstolspraksis med det formål å avgjøre hvorvidt prosentteorien har gjort seg gjeldende ved beregningen av en betydelig forringelse av skyldnerens betalingsevne. Det er etter gjennomgangen klart at betalingens størrelse jamført med skyldnerens frie aktiva (prosentteorien) ikke er tilstrekkelig for å illustrere domstolenes anvendelse av når en betaling vesentlig har forringet betalingsevnen. Videre vil det derfor vises til domstolspraksis hvor denne beregningen heller tar utgangspunkt i en helhetlig tilnærming med vekt på skyldnerens likviditet.

3.5.2 Teamcon-dommen

I Teamcon-dommen⁵³ ble spørsmålet om konkursdebitors betalingsevne omhandlet. Dommen har tilsynelatende blitt anvendt som et prejudikat hva angår forståelsen av "betalingsevne". På den annen side har dommen vært kraftig kritisert i juridisk litteratur. Årsak til kritikken er for det første at de faktiske forhold i dommen var såpass spesielle, at det knyttes tvil til dens relevans ovenfor mer typiske tilfeller av forringelse etter dekningsloven § 5-5 første ledd tredje alternativ. Et annet moment er at det knyttes tvil til hvorvidt domspremissene egentlig utgjør en annerledes forståelse av begrepet "betalingsevne" sett i forhold til både Huser prosentteori, og lov og forarbeider for øvrig. Videre vil jeg kort gjenfortelle sakens faktiske forhold for så å foreta en analyse av dommens rettskildemessige vekt.

I dommen ble et betydelig gjeldskrav betalt ved refinansiering ved låneopptak i bank. Det opprinnelige gjeldskrav var usikret, mens banken fikk factoringpant for ethvert mellomværende, også for lånet som avløste nevnte gjeldskrav. Krav om omstøtelse etter dekningsloven § 5-5 førte ikke frem da det ble lagt til grunn at den sikkerhet som ble stilt ikke hadde hatt særlig betydning for skyldnerens betalingsevne.

Førstvoterende viser innledningsvis til Huser sin teori om at det ved bestemmelsen siktes til *reduksjon av skyldnerens beslagbare formuesgoder*. Videre påpeker førstvoterende at i dommens konkrete problemstilling, da det er snakk om utvidet sikkerhet ved refinansiering, må det være skyldnerens *likviditet* som er det avgjørende.

"Med sikte på vår problemstilling - utvidet sikkerhet ved refinansiering - peker jeg på at bestemmelsen er utformet annerledes enn bestemmelsen i dekningsloven § 5-9, hvor det blant annet er spørsmål om en disposisjon "unndrar skyldnerens eiendeler fra å tjene til dekning for fordringshaverne eller forøker skyldnerens gjeld til skade for dem". Etter § 5-5 er det skyldnerens betalingsevne - likviditet - som er det sentrale. Bestemmelsen viser ikke direkte til kreditorenes dekningsmuligheter ved en fremtidig konkurs. Jeg legger imidlertid til grunn at en *sikkerhetsstillelse etter omstendighetene vil kunne påvirke en skyldners betalingsevne*. Ved likviditetsbehov vil muligheten for å stille sikkerhet i frie aktiva kunne være avgjørende. Tidligere sikkerhetsstillelser vil begrense dette og derigjennom betalingsevnen.⁵⁴"

⁵³ Rt. 1999 s.64

⁵⁴ s.69

Førstvoterende viser her til at da det gjelder refinansiering, må likviditeten være det sentrale. Det spesielle med teamcon-dommen var at betalingen som krevdes omstøtt ble foretatt om lag et år før konkursåpningen. Det er naturlig at på et tidspunkt så lenge før konkurs, er det mer hensiktsmessig å ta utgangspunkt i de positive sidene ved refinansieringen, altså behovet for likviditet få frie aktiva inn i selskapet for å sikre videre drift. Hvis en refinansiering blir gjort en måned før konkurs kan derimot vanskelig de samme hensyn gjøre seg gjeldende, da mulighetene for å unngå konkurs normalt er minimal.

Videre påpeker førstvoterende at "Men ved den konkrete bedømmelse i den foreliggende sak viser jeg til at Teamcon drev en virksomhet som etter sin art ikke var spesielt kapitalkrevende, at selskapet hadde god likviditet og betalte sine forpliktelser ettersom de forfalt helt frem til konkursen. I det hele tatt er det vanskeelig å se at den sikkerhet som ble stilt overfor Sparebanken Møre har hatt særlig betydning for betalingsevnen til Teamcon."

Førstvoterende legger med dette vekt på at virksomheten etter sin art ikke var spesielt kapitalkrevende. Teamcon var et konsulentfirma og drev med salg av tjenester til oljeindustrien. Det er klart at det er store forskjeller i egenkapitalen til selskaper som driver med produksjon og salg av varer, sammenlignet med selskaper som driver med salg av tjenester. Det er videre ikke noe utypisk ved at konkursdebitor er et konsulentfirma. I dommen blir det imidlertid trukket inn som et argument mot omstøtelse

Etter dette er det klart at førstvoterende legger avgjørende vekt på refinansieringens positive økonomiske virkninger for debitor. Andrevoterende kommer til samme resultat som førstvoterende, men er uenig i førstevoterendes forståelse av "betalingsevne". Etter min mening må det sentrale i uttrykket være hvorvidt kreditorenes mulighet til å få dekning, vesentlig forringes. Dermed blir størrelsen på skyldnerens beslagbare formuesgoder et avgjørende kjennetegn på hans betalingsevne. Reduseres disse, reduseres også betalingsevnen"

Det fremstår etter domspremissene at høyesterett i Teamcon dommen fraviker den tradisjonelle prosentteorien og viser til at det må gjøres en helhetlig konkret vurdering av skyldnerens likviditet og hans evne til betale sine forpliktelser etter den nevnte betalingen. Dommen viser også til at trekkrettigheter vil kunne påvirke skyldnerens betalingsevne og åpner for at man kan medregne trekkrettigheter på kassekredittkonto ved vurderingen av hvorvidt betalingsevnen ble betydelig forringet.

3.5.3 Teamcon- dommens rettskildemessige vekt.

Huser har kritisert dommen i JV 1998 s.210-217. . Innledningsvis fremhever han at Høyesterett strever noe med å formulere sin begrunnelse, og da særlig med å forankre sitt resultat i loven. Huser bemerker at "liksom spørsmålet om tolkningen av § 5-5 1.led 3 alt er spørsmålet om tolkingen av 2.ledd i § 5-5 et usedvanlig vanskelig tolkingsspørsmål, særlig fordi lovens ordlyd lett kan lede i en annen retning enn det en rettskildemessig helhetsvurdering etter mitt syn leder til".

Huser mener dette er et klassisk obiter dictum og således ikke et prejudikat. Han mener at problemet i utgangspunktet er at "insolvens" etter kkl. § 61 kort og presist illustrerer at skyldneren både må være illikvid og insuffisient. Problemet er at denne språklige betraktningen etter hans mening ikke

underbygges av andre rettskilder og særlig ikke reelle hensyn. Man skal ikke overse § 5-5 andre ledd sin nære sammenheng til dekningsloven §§ 5-7 og 5-8 og vilkårene må tolkes likt. Det blir for enkelt å avskjære omstøtelse med begrunnelsen i at f.eks skyldner ikke var insolvent på gavetidspunktet, gaven kan forårsake insuffisiens (og i praksis den etterfølgende konkurs) og vil alltid redusere kreditorenes dekning. Førstvoterendes forsøk på å avdempne virkningene ved å argumentere for at likviditeten må bestå i en lengre periode etter disposisjonen kan ikke avhjelpe manglene ved dette tolkningsalternativet. Hvis en forlenger tidsrommet for vurderingen av solvensen, sier det seg selv at den blir dårligere desto nærmere konkursen man kommer da man alltid er insolvent på tidspunktet for konkursåpning.

Høyesterett viser i til at teamcon sin virksomhet "etter sin art ikke var spesielt kapitalkrevende". Da teamcon var et typisk konsulentfirma som drev med salg av tjenester i motsetning til varer er det naturlig at virksomheten typisk vil ha mindre kapital sett i sammenheng med andre produksjonsbedrifter. At teamcon drev konsulenttjenester kan ikke ansees som utypisk i dagens moderne næringsliv. En vurdering av betalingsevnen i slike lite kapitalkrevende bedrifter basert på frie aktiva vil ikke gi noe god løsning. Det er derfor forståelig at høyesterett legger avgjørende vekt på likviditet og en slik fortolkning ser ut til å ha gjort seg gjeldende i også senere praksis. Dette kan tyde på at dommens rettskildemessige vekt begrenses til å gjelde tilfeller hvor selskapet er av en lite kapitalkrevende art.

Et annet moment ved teamcon dommen som kan sette spørsmålstegn til dens rettskildemessige vekt er at betalingen var gjort til "nærstående" etter dekningsloven § 5-5 andre ledd og det gjelder derfor en utvidet tidsfrist for omstøtelse på to år. At teamcon fortsatt var i full drift på tidspunktet for refinansieringen er ikke unormalt i lang tid før konkursåpning.

Omstøtelse etter første ledd omstøter derimot betalinger gjort de siste tre månedene før konkurs og da er gjerne aktiva og omsetningen betydelig redusert og svekket.

For å sammenfatte teamcon dommens rettskildemessige vekt er det klart at dommen på grunn av dens mange atypiske momenter ikke kan anvendes som et prejudikat hva angår forståelsen av skyldners betalingsevne, men dommen har helt klart en rettskildemessig vekt så lenge den blir konkret analysert i forhold til hver enkelt sak.

3.5.4 Nyere underrettspraksis med hovedvekt på likviditet.

Etter teamcon dommen har underrettspraksis vist en tendens til å legge avgjørende vekt på skyldnerens likviditet og hans økonomiske situasjon før og etter betalingen. Enkelte avgjørelser trekker også inn skyldnerens omsetning som et viktig moment ved skyldnerens betalingsevne.

I LH-1999-871 går Hålogaland lagmannsrett gjennom de sentrale rettskildene, forarbeid og teori. Videre viser retten til domspremissene i teamcon dommen og konkluderer med at det sentrale er "skyldnerens betalingsevne – likviditet". I denne saken var gjenstand for omstøtelse en innvilget forhøyet kassakreditt på grunn av selskapets dårligere likviditet. Retten gjør ingen eksplisitt utregning av hvor stor prosentandel betalingen utgjorde av skyldnerens aktiva, men ut i fra tall oppgitt i boets prosedyre, kan det se ut til at betalingene reduserte med mellom 15-20 %. Det retten legger avgjørende vekt på er ikke hvor stor prosentandel betalingene utgjorde sett opp mot skyldnerens frie

aktiva, men hvordan betalingene påvirket skyldnerens likviditet og økonomiske situasjon i et mer langsiktig perspektiv.

Også i Borgarting Lagmannsrett LB-2001-2709 tar legger retten avgjørende vekt på skyldnerens likviditet. I forhold til vilkåret om en betydelig forringelse av skyldnerens betalingsevne uttaler retten at "det må foretas en sammenligning av den økonomiske situasjon for selskapet før og etter betalingen hvor skyldnerens likviditet er sentral." De nevner overhode ikke prosentteorien, men uttaler at "i en samlet vurdering kan det videre være av betydning hvor mye betalingen utgjorde av selskapets beslagbare aktiva og også hvor mye det ble igjen til andre kreditorer etter at skattefogden hadde fått dekket sitt krav". Ved en utregning av de beløp som er nevnt i domspremissene ser det ut til at betalingen kun utgjorde ca 14 % av skyldnerens frie aktiva, noe som etter Husers prosentteori antageligvis ikke ville vært tilstrekkelig for omstøtelse. Dette trekker i retning av den rettsoppfatning at ved tolkning av vilkåret om betydelig forringelse, legger en helhetlig konkret vurdering til grunn basert på skyldners likviditet og økonomiske situasjon på betalingstidspunktet i motsetning til en prosentregning som det antas at Huser fremmer.

I RG 2009 s.129 synes retten å legge vekt på skyldnerens omsetning. I domspremissene blir det uttalt at "uansett må det være riktigere å se på nivået på virksomhetens omsetning på det aktuelle tidspunkt, uavhengig av hva som gjenfinnes som frie aktiva ved en konkurs, i det dette beløpet henger mer sammen med pantsettelsespraksis enn eventuell forfordeling av kreditorer".

3.5.5 Oppsummering.

Etter en gjennomgang av nyere rettspraksis viser de en klart tendens til å legge en mer skjønnsmessig helhetsvurdering av skyldnerens økonomi til grunn ved avgjørelsen av om betalingen medfører en betydelig forringelse. En slik tolkning av vilkåret kan betegnes som en tolkning av betalingsevnen med avgjørende vekt på skyldnerens likviditet og omsetning, slik som forarbeidene til loven forutsetter.

4. Innfortolkes det et tapsvilkår i vurderingen av en betydelig forringelse?

4.1 Innledning

Ved en fortolkning av vilkåret i dekningsloven § 5-5 første ledd tredje alternativ, har det i praksis og teori blitt reist til om alternativet i realiteten forutsetter et tap for kreditorfellesskapet, idet det snakk om en "forringelse" av skyldnerens betalingsevne. Jeg vil derfor gjøre en redegjørelse for hvorvidt et tapsvilkår synes å bli innfortolket i domstolspraksis.

På bakgrunn av lovens ordlyd i dekningsloven § 5-5 første ledd 3 alternativ "beløp som betydelig forringer skyldnerens betalingsevne" ligger det ikke eksplisitt et tapsvilkår. Dette kan illustreres ved en sammenligning til dekningsloven § 5-9 hvor vilkåret om at disposisjonen må være til "skade" for kreditorene blir eksplisitt uttalt. Dette antyder fra lovgivers side at de ikke har ment at det skal innfortolkes et tapsrekvisitt i dekningsloven § 5-5, dersom dette var lovgiverens intensjon kunne man forvente lignende klare formuleringer i § 5-5.

4.2 Forslag til lovendring

Det ble i 1990 nedsatt et utvalg for etterkontroll av konkursloven med Thor Falkanger som leder. Falkangerutvalget avgav en innstilling i 1993⁵⁵ hvor det ble foreslått å innføre et slikt generelt tapsvilkår for objektive omstøtelsesregler⁵⁶. Begrunnelsen var følgende "Utvalget finner det urimelig at en disposisjon skal kunne omstøtes når denne ikke har påført boet et tap. Omstøtelsesreglenes formål er som nevnt å "beskytte de alminnelige kreditorer mot skadegjørende disposisjoner"⁵⁷. Omstøtelse hvor boet ikke har lidt tap, går derfor lengre enn reglenes formål skulle tilsi. Den fordel boet oppnår kan således til tider fremstå som en tilfeldig gevinst på en enkelt kreditors bekostning."

Dette forslaget ble imidlertid ikke av departementet i Ot. Prp. Nr 26 (1998-99). Departementet mener for et første at et slikt tapsvilkår sjelden vil komme på spissen i praksis. For det andre vil effekten av et slikt tapsvilkår være en økning i bevismateriale som vil føre til en prosesskapning. Dette vil være i strid med formålet bak de objektive omstøtelsesvilkårene som er at boet skal få en betydelig enklere tilgang uten å måtte påvise insolvens og ond tro hos mottakeren. "Etter departementets oppfatning vil det ved praktiseringen av de objektive omstøtelsesreglene virke uheldig om slike tapsvurderinger overhodet skal være gjenstand for tvist"⁵⁸. Departementet påpeker også at berikelsesregelen i dekningsloven § 5-11 og ordinærreservasjonen i dekningsloven § 5-5 fjerde ledd vil minke behovet for et generelt tapsvilkår.

Både Huser og Andenæs stiller seg avvisende til å innføre et generelt tapsvilkår. Huser uttrykker at "etter mitt skjønn er vårt regelverk for så vidt tilfredsstillende når det gjelder vilkårene for omstøtelse..., og det ville kunne føre til utilsiktede virkninger hvis man begynte å pirke i det finmaskede og kompliserte nettverket som etter hvert er bygget opp"⁵⁹. Problematikken rundt et tapsvilkår i dekningsloven § 5-5 har også vært problematisert i artikler av blant annet Reidar Myhre og Johnny Johansen.

Problemstillingen kommer på spissen i avgjørelser som omhandler situasjoner hvor det er usikkert om midlene inngår i skyldnerens tilgjengelige midler. Dette er særlig ved trekk på negativ kassakredittkonto. At domstolene i den sammenheng gjør en vurdering på hvorvidt betalingen har medført et tap for konkursboet er med formålet å avgjøre om betalingen inngår i betalingsevnen. Det er ingen av avgjørelser⁶⁰ som tyder på at domstolene prinsipielt har tatt stilling til om et slikt tapsvilkår burde innføres på generelt grunnlag, har blitt reist i flere avgjørelser av Høyesterett.

I eksempelvis Rt.1995 s.222 fant Høyesterett det imidlertid ikke nødvendig å ta stilling til hvorvidt bestemmelsen inneholdt et tapsvilkår, og mente at løsningen i stedet kunne søkes direkte i lovens ordlyd.

4.3 Tapsvilkår i svensk og dansk rett.

I Sverige og Danmark er det derimot sikker rett at omstøtelse forutsetter et tap for boet. Dette tapsvilkåret kommer imidlertid ikke til uttrykk i lovteksten, men dette er ikke omtvistet i praksis. Forarbeidene til den svenske konkursloven av 11 juni 1987 s.672 presiserer at "nackdel" er en

⁵⁵ NOU 1993:16

⁵⁶ NOU 1993:16 s.112-114, s.122-123

⁵⁷ NOU [1972: 20] side 281

⁵⁸ Ot. Prp nr 26 (1998-99) s. 154

⁵⁹ Huser s.126

⁶⁰ Rt. 1995 s.222, Rt 1995 s.259 og Rt 2001 s.1136

betingelse ved så vel subjektiv som objektiv omstøtelse. Nackdel betyr ulempe, og en naturlig forståelse av begrepet kan trekke i retning av et tapsrekvisitt⁶¹.

I Danmark er også et generelt tapsvilkår utpenslet gjennom teori og praksis til tross for at det ikke uttrykkelig fremgår av verken lov eller forarbeider. I praksis virker det som om domstolene anser vilkåret om at betalingen "avgjørende har forringet skyldnerens betalingsevne" jf konkursloven § 67 oppfylt hvis betalingen har gått på bekostning av de øvrige kreditorer. For å illustrere dette kan det nevnes en dansk Højesterets beslutning⁶² hvor det uttales i domspremissene at: "begunstigelse af indstævnte på *bekostning* af de øvrige kreditorer, vil herefter i medfør af konkurslovens § 67, stk. 1, være at tage til følge". At det stilles krav til at betalingen skjer på bekostning av de øvrige kreditorer er ikke et vilkår som blir anvendt ved praktiseringen av dekningsloven § 5-5 første ledd tredje punktum, men en "forringelse" viser indirekte til at betalingen er ugunstig for kreditorfellesskapet. Det kan derfor stilles spørsmål om det foreligger noe forskjell i realiteten.

Ettersom dekningsloven ble til gjennom et nordisk lovsamarbeid skal de i prinsippet ha en tilnærmet lik utforming og materielt innhold. Det kan av den grunn være nærliggende å sette spørsmålstegn til hvorfor vi også ikke i Norge burde ha et generelt tapsvilkår for objektiv omstøtelse. Det burde imidlertid da bemerkes at det er av praksis dette vilkåret har blitt utformet og et slikt tapsvilkår fremgår ikke eksplisitt i lovteksten, verken i Sverige eller Danmark.

4.4 Oppsummering

Det foreligger ingen holdepunktet i norsk rettspraksis om tilsier at det foreligger et krav om tap for konkursboet i vurderingen av hvorvidt en betaling har betydelig forringet skyldnerens betalingsevne. I avgjørelsene hvor problemstillingen har blitt tatt opp, er formålet å avgjøre om for eksempel trekk på negativ kassakreditt skal inngå i betalingsevnen. Domstolene argumenter i den sammenheng med at hvis en konkursskyldner begunstiger en kreditor med midler som "ellers kunne ha gått inn i hans alminnelige forretningsdrift"⁶³ representere trekket på kassakreditten tap for boet og skal derfor medregnes i betalingsevnen.

Å innføre et slikt tapsvilkår virker lite formålstjenlig. For det første er hovedformålet bak bestemmelsen er å lette boets bevisbyrde i forhold til at det må påvises tap og ond tro hos kreditor. Det virker lite hensiktsmessig å utforme et krav om tap i praksis, da hele poenget med bestemmelsen er at boet skal kunne omstøte transaksjoner som man presumerer er illojale ovenfor kreditorfellesskapet uten å føre bevis for tap. De nevnte dommer kan heller ikke sies å utlede noen rettssetning om at det foreligger et tapsvilkår i dekningsloven § 5-5 første ledd tredje alternativ.

På den annen side er det klart at ordlyden ikke utelukker omstøtelse hvor det er klart at vedkommende betaling medfører et tap for en annen kreditor. Det kan også nevnes den gjenopprettende funksjonen omstøtelsesreglene har. Denne funksjonen har som formål å bringe verdiene inn i boet, da de ansees som skadelige for kreditorfellesskapet. Et tapsvilkår er helt i tråd med denne funksjonen⁶⁴

⁶¹ Må boet lide et tap for å kunne omstøte etter de objektive omstøtelsesregler. Reidar Myhre, Tidsskrift for Rettsvitenskap 1992.

⁶² U 1981.966H

⁶³ Rt. 2001s.1136

⁶⁴ Lov og Rett 1996 s.237 "Innføring av et generelt tapsvilkår ved omstøtelse" av Johnny Johansen

Uansett vil et tapsvilkår ikke utgjøre noen særlig realitetsendring, da det i de aller fleste tilfeller er klart at betalingen har medført et tap for kreditorfellesskapet.

5. Konklusjon og avsluttende bemerkninger

5.1 Innledning

Forsmålet med denne oppgaven er å redegjøre for innholdet av begrepet "betalingsevne" og når denne kan sies å bli "betydelig forringet" etter dekningsloven § 5-5 første ledd tredje alternativ.

Etter en redegjørelse av de relevante rettskilder og hvilke slutninger som trekkes fra disse, vil det nå forsøkes og sammenholde disse for å gi et bilde av gjeldende rett. Videre vil det forsøkes å angi flere momenter som kan forklare vanskeligheten av å vurdere konkursskyldnerens betalingsevne.

5.2 Skyldnerens samlede aktiva versus skyldnerens likviditet.

Ved fremstillingen av hvordan domstolene synes å behandle begrepet "betalingsevne" har det vært naturlig å dele disse opp i to tilsynelatende forskjellige fremgangsmåter. Den ene hvor skyldnerens tilgjengelige dekningsmidler, eller frie aktiva legger grunnlaget for betalingsevnen. Den andre hvor betalingsevnen ser ut til å bli fastsatt ved en likviditetsbetraktning, hvor det legges vekt på blant annet hans omsetning.

Prosentteorien legger til grunn at betalingsevne tilsvarer skyldnerens tilgjengelige aktive på betalingstidspunktet. Bakgrunnen for en slik fremgangsmåte er tilsynelatende en retts teknisk forenkling ved anvendelsen av vilkåret. Det er av den grunn naturlig at domstolene i stor grad viser til prosentteorien som en målestokk for når en betaling kan sies å ha forringet skyldnerens betalingsevne. På den annens side er det prinsipielle betenkeligheter ved å ta utgangspunkt i en slik prosentteori da både lov og forarbeider viser til skyldnerens omsetning og likviditet. Det kan hevdes at der lovgiver gir anvisning til et skjønnsmessig vilkår, skal ikke domstolene forsøke å kartlegge en regel for hvor mange prosent som illustrerer grensen. I fremstillingen er det imidlertid blitt konkludert med at prosentteorien ikke antas å utgjøre gjeldende rett og således synes det uproblematisk at prosentteorien blir vist til som en målestokk.

Ved en forståelse av betalingsevnen som skyldnerens likviditet og omsetning, har tilsynelatende domstolene vanskeligheter med å klargjøre innholdet av en slik regel. Det er problematisk å fastslå konkursskyldnerens likviditet og omsetning på et tidspunkt nært opp til konkurs, hvor hans likviditet gjennomgående er svært dårlig. At det i teamcon-dommen var passende å legge vekt på skyldnerens likviditet, var på grunn av dommens særtrekk, og den gir derfor ikke tungtveiende rettskildemessig vekt.

Det kan også hevdes at de to fremgangsmåtene ikke nødvendigvis ekskluderer hverandre. I flere avgjørelse har domstolene lagt til grunn at skyldnerens betalingsevne tar utgangspunkt i hans likviditet, og fremdeles vist til prosentteori som et praktisk virkemiddel for en beregning av når betalingen medfører en betydelig forringelse. Hvis man hadde sett bort i fra prosentteoriens vekt som redskap for å illustrere målestokken for når en betaling medførte en betydelig forringelse av betalingsevnen, ville domstolene uansett måtte ha tatt en vurdering forholdsmessigheten mellom

betalingen og betalingsevnen. Det er etter dette ikke grunn til å fraskrive prosentteorien som redskap for å avgjøre når en betaling betydelig har forringet skyldnerens betalingsevne.

5.3 Gjeldende rett

Etter en gjennomgang av de slutninger jeg har trukket fra rettskildene vil følgende synes å representere gjeldende rett:

Ved vurderingen av begrepet betalingsevne er utgangspunktet skyldnerens likviditet og økonomiske stilling, slik som det forutsettes i forarbeidene. Betalingsevnen er således ikke lik verdien av skyldnerens tilgjengelige aktiva på betalingstidspunktet, slik som Huser synes å fremme. Det er ikke tvil om at det er de frie aktiva som danner utgangspunktet for stadfestelsen av skyldnerens betalingsevne. På den annen side er det ikke tilstrekkelig å kun ta utgangspunkt i frie aktiva, da man ved vurderingen av betalingsevnen trekker inn forskjellige aspekter ved skyldnerens økonomi for å fastlegge hans likviditet. For eksempel hvis selskapet er lite kapitalkrevende belyser ikke en jevnføring av betalingen sett i henhold til selskapets egenkapital, skyldnerens betalingsevne på noen god måte.

Etter gjeldende rett blir prosentteorien anvendt som en målestokk for å angi hvor en betydelig forringelse ligger. Det foreligger ingen dirkede avvik i forhold til intervallet på 15-20 %. Prosentteorien blir ikke avgjørende vektlagt i avgjørelsen om hvorvidt betalingen betydelig har forringet skyldnerens betalingsevne, men fungerer som en målestokk for domstolene.

5.4 Boets begrensede midler

I praksis er det ofte vanskelig å stadfeste konkursskyldnerens frie aktiva. Når boet har begrensede midler til å aktivt undersøke konkursskyldnerens samtlige midler, er det naturlig at domstolene må ta utgangspunkt i en vurdering av skyldnerens økonomi slik den fremstår på bakgrunn av de dokumentene som boet har tilgjengelig. Ofte foreligger det ureviderte regnskap og det vanskeliggjør en fastsettelse av skyldnerens betalingsevne. Borevisor skal normalt oppnevnes, med mindre det vedtas forenklet bobehandling etter konkursloven § 141 nr 3. Reelt sett er dermed bobehandlingen forenklet i alle de boene revisor ikke er oppnevnt.

På grunn av boets begrensede midler, blir i praksis konsekvensen at betalingsevnen til konkursskyldner ikke alltid blir korrekt. Boet er nødt til å ta utgangspunkt i de dokumentene de har tilgjengelig. Dette kan være en av årsakene til at det i domstolsavgjørelser blir lagt vekt på en likviditetsbetraktning av skyldnerens økonomi og omsetning i tiden før konkursåpning. At en forringelse av betalingsevnen tar utgangspunkt i de frie aktiva som er tilgjengelig på betalingstidspunktet, slik som Huser argumenterer for, kan derfor hevdes å føre til et urimelig resultat i visse tilfeller.

5.5 En grensdragning mot dekningsloven § 5-9.

De objektive omstøtelsesreglene er ment å angi klare og presise typetilfeller hvor den enkelte disposisjon forutsettes å være illojal i forhold til kreditorfellesskapet og kan derfor omstøtes. Det er derfor et klart skille fra de objektive reglenes funksjon, sett i sammenheng med den subjektive regelen i dekningsloven § 5-9. den subjektive regelen bygger på et erstatningsrettslig prinsipp som forutsetter ansvarsgrunnlag og økonomiske tap.

Når det gjelder dekningsloven § 5-5 første ledd tredje alternativ utgjør vurderingen en omfattende mengde bevisstema når det kommer til en stadfestelse av hva en "betydelig forringelse av skyldnerens betalingsevne" er. Det har også vært knyttet spørsmål til om vilkåret viser til et tap for kreditorfellesskapet. På bakgrunn av denne problematikken kan det reises spørsmål om hvorvidt betaling av gjeld slik som angitt i dekningsloven første ledd tredje alternativ burde subsumeres under dekningsloven § 5-9.

Samtidig er det ikke tvil om at det er behov for en objektiv omstøtelsesregel med utgangspunkt en betalingens størrelse. Det er viktig å fange opp regulære betalinger, som på grunn av sin størrelse fører til en betydelig forringelse av skyldnerens betalingsevne, og av den grunn er illojale ovenfor kreditorfellesskapet.

6. Kilder.

6.1 Lover

Lov av 8 juni 1984 nr 59 om fordringshavernes dekningsrett.

6.2 Forarbeider

NOU 1972:20 Gjeldsforhandling og konkurs

Ot.prp. nr.50 (1980-81)

6.3 Rettspraksis

Høyesterett

Rt. 2008 s.1170

Rt.2001 s.1136

Rt.1999 s.64

Rt. 1995 s.222

Rt. 1995 s,259

Underrettspraksis

LH-2010-56746

Rg.2009 s.129

LB-2006-163808

LB-2004-13673L

LB-2001-2709

LH-1999-871

Rg 1993 S.433

Rg.1992 s.463

TOBYF -2009-148426

Bergen Tingrett 23.03.2010

Dansk Højsteret

U2001.1329H

U2005.154H

6.4 Litteratur

Andenæs, Mads Henry

Konkurs 2.utgave , Oslo 1999

Gisle, Jon

Jusleksikon, Oslo 1999

Falkanger, Thor

Lov og Rett 2002s.564

- Huser, Kristian *Gjeldsforhandling og konkurs bind 3, Omstøtelse*, Bergen 1992
- Jussens Venner 1999 s.212 Omstøtelse av ekstraordinær betaling*
- Johansen, Johnny *Innføringen av et generelt tapsvilkår, Lov og Rett 1996 s.233-243*
- Myhre, Reidar Må boet lide et tap for å kunne omstøte etter de objektive omstøtelsesreglene? *Tidsskrift for Rettsvitenskap 1992*
- Sæbø, Rune *Noen tanker om objektiv omstøtelse av kreditorbegunstigelser, Festskrift til Mads Henry Andenæs*, Bergen 2010

6.5 Andre kilder

www.rechtsdata.no

www.lovdato.no

www.thomsonreuters.dk